

NomosProzessHandbuch

Garbe | Ullrich [Hrsg.]

# Verfahren in Familiensachen

FamFG | ZPO | BGB

3. Auflage



Nomos

► **Muster: Nachträglicher Stundungsantrag**

Es wird beantragt:

Der Antrag auf Zahlung eines Zugewinnausgleichsbetrages in Höhe von EUR ... vom ... wird abgewiesen.

Hilfsweise wird beantragt:

Die Zugewinnausgleichsforderung wird bis zum ... gestundet. Ersatzweise wird der Antragsgegnerin gestattet, die Zugewinnausgleichsforderung in monatlichen Raten in Höhe von ... EUR zu zahlen. ◀

- 164 Wird die Ausgleichsforderung gestundet, ist die Forderung gemäß § 1382 Abs. 2 BGB zu **verzinsen**. Die Zinshöhe und der Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinsen wird vom Familiengericht nach billigem Ermessen festgelegt (§ 1382 Abs. 4 BGB). Das Familiengericht kann gemäß § 1382 Abs. 3 BGB zudem anordnen, dass der Schuldner Sicherheit für die geschuldete Forderung zu hinterlegen hat. Über Art und Umfang der Sicherheitsleistung entscheidet das Familiengericht gemäß § 1382 Abs. 4 BGB nach billigem Ermessen.
- 165 Der Antrag auf Stundung der Ausgleichsforderung stellt eine besondere Angelegenheit dar. Es handelt sich um ein Verfahren, für das gegebenenfalls gesondert Verfahrenskostenhilfe zu beantragen ist. Der Gegenstandswert ist zu schätzen. Er wird regelmäßig mit einem Bruchteil der Ausgleichsforderung anzusetzen sein. Es können die Verfahrens-, Termins- und gegebenenfalls auch eine Einigungsgebühr abgerechnet werden.<sup>261</sup>

## 8. Übertragung von Gegenständen

- 166 Gemäß § 1378 Abs. 1 BGB führt die Durchführung des Zugewinnausgleichs dazu, dass dem Ausgleichsberechtigten gegenüber dem Verpflichteten eine Geldforderung zusteht. Das Familiengericht kann gemäß § 1383 Abs. 1 BGB auf Antrag des Ausgleichsgläubigers anordnen, dass der Schuldner dem Gläubiger bestimmte Gegenstände aus seinem Vermögen unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung zu übertragen hat. Voraussetzung ist jedoch nach § 1383 Abs. 1 BGB, dass dies erforderlich ist, um eine grobe Unbilligkeit für den Gläubiger zu vermeiden und dass dem Schuldner dies zugemutet werden kann. Gleichzeitig hat das Gericht in seiner Entscheidung den Betrag festzusetzen, der auf die Ausgleichsforderung angerechnet wird.
- 167 Die **Ersetzungsbefugnis** des § 1383 Abs. 1 BGB gilt somit nur für den Ausgleichsgläubiger.<sup>262</sup>

**Fallbeispiel:** Die Ehefrau ist in Höhe von 200.000 EUR ausgleichsberechtigt. Sie lebt gemeinsam mit den minderjährigen Kindern der Eheleute im Einfamilienhaus, das die Familie bis zur Trennung gemeinsam bewohnt hatte. Das Haus steht je zur ideellen Hälfte im Miteigentum der Ehegatten. Der Wert des Hauses beläuft sich auf 300.000 EUR. Die Ehefrau möchte erreichen, dass sie und die Kinder weiterhin im Haus leben können und strebt die Übertragung des Miteigentumsanteils des Ehemannes in Anrechnung auf die Zugewinnausgleichsforderung an.

- 168 Die **grobe Unbilligkeit** für den Ausgleichsberechtigten würde man im Beispielfall deshalb annehmen können, weil die minderjährigen Kinder im Haus aufgewachsen sind und hier ihren Lebensmittelpunkt haben. Weiterhin kann eine grobe Unbilligkeit auch dann zu bejahen sein, wenn eine enge Sachbeziehung des Gläubigers zu dem Gegenstand, dessen Übertragung der Gläubiger anstrebt, zB durch alleinige Nutzung des Gegenstandes oder Finanzierung des Gegenstandes bzw Instandhaltung in der Vergangenheit, gegeben ist.<sup>263</sup>
- 169 Da es sich beim Antrag auf Übertragung von Vermögensgegenständen um eine besondere Angelegenheit handelt, ist gegebenenfalls ein gesonderter Verfahrenskostenhilfeantrag zu stellen.

261 Vgl *Kogel*, Rn 935.

262 Zu den steuerlichen Auswirkungen vgl § 14 Rn 251 ff.

263 Vgl *Johannsen/Henrich/Jaeger*, § 1383 BGB Rn 5.

► **Muster: Antrag auf Übertragung von Vermögensgegenständen**

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, seinen ideellen Miteigentumsanteil am Grundstück ..., eingetragen im Grundbuch von ..., der Antragstellerin aufzulassen und die Eintragung der Eigentumsübertragung im Grundbuch von ... zu bewilligen.
2. Der Wert der Eigentumsübertragung wird mit EUR ... festgesetzt und auf die Zugewinnausgleichsforderung der Antragstellerin angerechnet.
3. Darüber hinaus wird der Antragsgegner verpflichtet, an die Antragstellerin einen Zugewinnausgleichsbetrag in Höhe von EUR ... nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz ab ... zu zahlen.
4. (Ferner wird beantragt, der Antragstellerin für die vorstehenden Anträge Verfahrenskostenhilfe unter Beordnung von Rechtsanwalt ... zu bewilligen.) ◀

**Hinweis:** An § 1383 BGB sollte auch dann gedacht werden, wenn das Objekt noch keine zehn Jahre im Eigentum des übertragenden Ehegatten stand, eine Wertsteigerung erfahren hat und somit eine Spekulationssteuer gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 EStG anfallen könnte. Die gerichtliche Entscheidung begründet einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums, so dass bei entsprechender anschließender Übertragung kein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft mehr vorliegt.<sup>264</sup>

## 9. Sicherung der Ausgleichsforderung

Die Sicherung der Ausgleichsforderung erfolgt durch **dinglichen Arrest** gemäß §§ 916 ff ZPO (vgl. § 11 Rn 308 ff). Im Geltungsbereich des FamFG ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung ausgeschlossen.<sup>265</sup> Der Arrest ist bereits vor der Entstehung der Ausgleichsforderung ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages zulässig.<sup>266</sup> Als Arrestgrund ist es ausreichend, dass ein Ehegatte ein sein wesentliches Vermögen darstellendes Grundstück veräußern will und die Vollstreckung des Zugewinnausgleichstitels dadurch vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.<sup>267</sup> Als Arrestgrund kommt neben der Verschleuderung von Vermögenswerten auch die fortgesetzte Vermögensverschleierung durch Erteilung grob falscher Auskünfte in Betracht.<sup>268</sup>

► **Muster: Arrestantrag**

1. Zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen der zukünftigen Zugewinnausgleichsforderung des Gläubigers in Höhe von EUR ... und des voraussichtlichen Kostenerstattungsanspruches des Gläubigers in Höhe von EUR ... wird der dingliche Arrest in das gesamte bewegliche und unbewegliche Vermögen der Schuldnerin angeordnet.
2. Bei Hinterlegung des in Antrag 1. bezifferten Betrages durch die Schuldnerin wird die Vollstreckung des Arrestes aufgehoben. ◀

**Hinweis:** Um der Gefahr eines Anwaltsregresses zu entgehen, ist entsprechend einer Entscheidung des OLG Hamm<sup>269</sup> zumindest dann, wenn der Anwalt konkrete Hinweise durch Äußerungen des Gegners erhalten hat, dass dieser die Zugewinnausgleichsansprüche zu vereiteln beabsichtigt, immer an die Durchsetzung des Arrestes zu denken.

Fürchtet ein Ehegatte jedoch bereits nach der Trennung, dass sein Ausgleichsanspruch dadurch gefährdet sein könnte, dass der andere Ehegatte sein Vermögen verschwendet oder anderweitig über sein Vermögen illoyal verfügt, ist es ratsam, sich nicht auf die **Hinzurechnung fiktiven Vermögens** gemäß § 1375 Abs. 2 BGB zu verlassen, sondern zu versuchen, entweder einen vorzeitigen

<sup>264</sup> Vgl. Schröder, FamRZ 2002, 1010.

<sup>265</sup> OLG Karlsruhe v. 5.8.2010, 18 UF 100/10, FamRB 2010, 326 f.

<sup>266</sup> Vgl. Palandt/Brudermüller, § 1378 BGB Rn 16; NK-BGB/Löhnig, § 1378 BGB Rn 31.

<sup>267</sup> Thüringer OLG v. 24.7.2008, 1 UF 167/08, FamRZ 2008, 2203.

<sup>268</sup> OLG Frankfurt/M. v. 12.9.1995, 3 UF 192/95, FamRZ 1996, 749.

<sup>269</sup> OLG Hamm v. 17.5.2002, 33 U 7/02, FamRZ 2003, 758.

Zugewinnausgleich durchzuführen, die Zugewinnsgemeinschaft aufzuheben oder schnellstmöglich die Scheidung der Ehe zu beantragen, um den Stichtag für das Endvermögen herbeizuführen, da das Berufen auf § 1375 Abs. 2 BGB regelmäßig Beweisprobleme mit sich bringt. Die Beweisproblematik hat sich durch die Einführung einer weiteren Auskunft zum Zeitpunkt der Trennung und die Beweislastregelung des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB allerdings deutlich entschärft.

- 172 Der Vorschlag, den Stichtag durch das Einreichen der Scheidung beim Verwaltungsgericht zu erreichen,<sup>270</sup> weil im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß §§ 81 Abs. 1, 90 Abs. 1 VwGO die Rechtshängigkeit bereits durch Einreichung des Antrages begründet wird, wird in der Literatur kritisiert,<sup>271</sup> weil das „Erschleichen eines Stichtags“ beim Verwaltungsgericht rechtsmissbräuchlich ist.<sup>272</sup> Denkbar ist es auch, einen Scheidungsantrag auf § 1565 Abs. 2 BGB zu stützen, um das Trennungsjahr nicht abwarten zu müssen. Sollte der Antrag als unbegründet zurückgewiesen werden, bleibt der durch die Zustellung des Antrages herbeigeführte Stichtag zumindest dann bestehen, wenn während des Berufungsverfahrens das Trennungsjahr abläuft.<sup>273</sup> Durch die Stärkung der Möglichkeiten, den Zugewinnausgleich vorzeitig durchführen zu können, dürfte die Praxisrelevanz des „Erschleichen eines frühen Stichtags“ rückläufig werden.

## 10. Verfahrensrechtliche Durchsetzung

### a) Scheidungsverbund oder isoliertes Verfahren, Kosten

- 173 Ob es ratsam ist, eine Zugewinnausgleichsforderung im Scheidungsverbund oder durch einen isolierten Antrag geltend zu machen, muss auf Grundlage der Umstände des Einzelfalles mit dem Mandanten erörtert werden. Eine Entscheidung im Verbundverfahren führt in der Regel dazu, dass sich der Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung und damit der **Fälligkeitszeitpunkt** für den Zugewinnausgleich verzögert, weil oftmals Gutachten im Zugewinnausgleichsverfahren einzuholen oder anderweitige Beweisaufnahmen durchzuführen sind. Dies kann zu deutlichen Zinsverlusten für den Ausgleichberechtigten führen.<sup>274</sup> Andererseits können wichtige Gründe vorliegen, den Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung möglichst spät herbeizuführen, wenn zB Trennungsunterhaltsansprüche möglichst lang gewahrt werden sollen, weil naheheliche Unterhaltsansprüche nicht durchgesetzt werden können, oder weil die Möglichkeit der Familienmitversicherung länger genutzt werden soll.<sup>275</sup> Nicht zuletzt in den Fällen, in denen zu erwarten steht, dass der andere Ehepartner zeitnah versterben wird und der Bezug einer Witwenrente auf dem Spiel steht, sollte daran gedacht werden, den Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung durch die Geltendmachung der Ausgleichsforderung im Verbund zu verzögern.
- 174 Wird der Zugewinnausgleich im Verbund geltend gemacht, ist darauf zu achten, dass ein reiner Auskunftsantrag nicht als Folgesache anhängig gemacht werden kann, da durch die Auskunftserteilung die Regelung der Scheidungsfolgen nicht erfolgen würde.<sup>276</sup> Es ist in diesem Fall ein **Auskunftsstufenantrag** zu stellen, wenn noch keine Bezifferung erfolgen kann.
- 175 Bei der Beantwortung der Frage, ob die Ausgleichsforderung im Verbund geltend gemacht werden soll oder nicht, ist stets auch die Kostenfolge zu beachten, da im Verbund zwar grundsätzlich gemäß § 150 Abs. 1 FamFG Kostenaufhebung erfolgt, gemäß § 150 Abs. 4 S. 1 FamFG jedoch insbesondere aufgrund ganz oder teilweise Unterliegens in der Folgesache eine anderweitige Kos-

270 Vgl. *Kogel*, FamRZ 1999, 1252, 1253.

271 Vgl. *Hagelstein*, FamRZ 2000, 340, 341.

272 Mit dieser Kritik setzt sich *Kogel* in FamRZ 2000, 872 auseinander.

273 Vgl. *Kogel*, Rn 213.

274 Vgl. *Kogel*, Rn 262.

275 Vgl. *Kogel*, Rn 883.

276 BGH v. 19.3.1997, XII ZR 277/95, FamRZ 1997, 811, 812; KG v. 18.2.2000, 3 UF 6680/99, FamRZ 2000, 1292.

FamGKG 3.000 EUR, so dass sich für die einstweiligen Anordnungsverfahren in der Regel jeweils Werte von 1.500 EUR ergeben.<sup>42</sup>

Der Hauptsachewert in einem **Unterhaltsverfahren** bestimmt sich nach § 51 FamGKG. Maßgeblich ist hier der für die **ersten 12 Monate nach Einreichung des Antrags geforderte Betrag**, höchstens jedoch der Gesamtbetrag der geforderten Leistung (§ 51 Abs. 1 S. 1 FamGKG),<sup>43</sup> so dass im einstweiligen Anordnungsverfahren in der Regel **die Hälfte hiervon** in Ansatz zu bringen ist.<sup>44</sup> Es wird allerdings auch die Auffassung vertreten, dass die einstweilige Anordnung in Unterhaltssachen gegenüber dem Hauptsacheverfahren gerade nicht von geringerer Bedeutung sei, so dass es gerechtfertigt erscheine, den ungekürzten Hauptsachewert anzusetzen.<sup>45</sup> 79

In **Ehewohnungssachen** nach § 1361 b BGB beträgt der Verfahrenswert gemäß § 48 Abs. 1 Hs 1 FamGKG 3.000 EUR, für das auf die Wohnungsbenutzung gerichtete einstweilige Anordnungsverfahren somit in der Regel **1.500 EUR**. § 48 Abs. 3 FamGKG lässt im Einzelfall einen niedrigeren oder höheren Wert für das Hauptsacheverfahren zu, so dass der Wert des einstweiligen Anordnungsverfahrens ebenfalls entsprechend höher oder niedriger angesetzt werden kann. 80

In **Haushaltssachen** nach § 1361 a BGB beträgt der Hauptsachewert 2.000 EUR (§ 48 Abs. 2 Hs 1 FamGKG), der Wert der auf die Verteilung der Haushaltsgegenstände bei Getrenntleben gerichtete einstweilige Anordnungsantrag somit regelmäßig 1.000 EUR, wobei auch hier Erhöhungen oder Ermäßigungen vorgenommen werden können (§§ 41, 48 Abs. 3 FamGKG). 81

In **Gewaltschutzsachen** nach § 1 GewSchG (Schutzmaßnahmen) beträgt der Wert der einstweiligen Anordnung gemäß §§ 41, 49 Abs. 1 Hs 1 FamGKG 1.000 EUR; bei solchen nach § 2 GewSchG (Wohnungszuweisung) ist der Wert mit 1.500 EUR anzusetzen (§§ 41, 49 Abs. 1 Hs 2 FamGKG). Diese Verfahrenswerte können nach § 49 Abs. 2 FamGKG aus Billigkeitsgesichtspunkten ebenfalls niedriger<sup>46</sup> oder höher angesetzt werden. 82

## II. Einstweilige Anordnungen im Einzelnen

### 1. Elterliche Sorge

#### a) Antrag

**Antragsberechtigt** sind in Sorgerechtsverfahren grundsätzlich nur die **Eltern** des betreffenden Kindes.<sup>47</sup> 83

Eine einstweilige Anordnung zur Regelung der elterlichen Sorge wird, von den Fällen der amtswegigen Entscheidungen im Rahmen der §§ 1666, 1666 a BGB abgesehen, nur **auf Antrag** erlassen (§ 51 Abs. 1 S. 1 FamFG). Dieser Antrag hat allerdings nur verfahrenseinleitenden Charakter. Das Gericht hat die entscheidungserheblichen Tatsachen sodann **von Amts wegen zu ermitteln** (§ 26 FamFG) und ist an die gestellten Anträge nicht gebunden.

Der Antrag ist gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 FamFG **zu begründen und glaubhaft zu machen**. Die Glaubhaftmachung selbst bestimmt sich dabei nach § 31 FamFG. Die Beteiligten können sich 84

42 OLG Nürnberg v. 15.9.2010, 7 WF 1194/10, FamRZ 2011, 756 (für Umgangsvergleich im eAO-Verfahren).

43 Vgl KG v. 11.3.2010, 18 WF 29/10, FamRZ 2011, 755.

44 Gilt auch dann, wenn der volle Unterhalt im eAO-Verfahren begehrt wird, vgl OLG Stuttgart v. 22.11.2010, 11 WF133/10, FamRZ 2011, 757.

45 AG Lahnstein v. 26.5.2010, 5 F 402/09, AGS 2010, 264 m. zust. Anm. N. Schneider; ebenso: OLG Düsseldorf v. 23.2.2010, II-3 WF 15/10, AGS 2010, 105 (= NJW 2010, 1385).

46 Vgl Saarländisches OLG v. 20.1.2010, 9 WF 3/10, FamFR 2010, 158.

47 Zu den Voraussetzungen des von Amts wegen erfolgenden Entzugs der elterlichen Sorge im eAO-Verfahren vgl Saarländisches OLG v. 6.11.2009, 9 WF 93/09, FamRZ 2010, 823 ff.

- dabei aller zulässigen Mittel des Freibeweises einschließlich der eidesstattlichen Versicherung bedienen.
- 85 Nach § 53 FamGKG ist in der Antragschrift der **Verfahrenswert anzugeben**. Bei einstweiligen Anordnungen in Kindschaftsachen, die die elterliche Sorge, das Umgangsrecht oder die Kindesherausgabe betreffen, ergibt sich dieser aus den §§ 41, 45 FamGKG. In der Regel ist danach von dem hälftigen Wert des Hauptsacheverfahrens auszugehen, also von 1.500 EUR. Nach den besonderen Umständen des Einzelfalls kann dieser Wert erhöht oder ermäßigt werden (§ 45 Abs. 3 FamGKG).
- 86 Der Verfahrenswert bestimmt die Höhe des nach § 14 Abs. 3 FamGKG einzuzahlenden **Verfahrenskostenvorschusses**. Bei einstweiligen Anordnungen in Kindschaftssachen beträgt dieser gemäß Nr. 1410 KV FamGKG **0,3 der Gebühr nach § 28 FamGKG**. Bei einem Wert von 1.500 EUR ist somit ein Vorschuss von 19,50 EUR einzuzahlen. Ausnahmen von dieser Vorschusspflicht ergeben sich aus § 15 FamGKG, so insbesondere für den Fall des Antrags auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe bzw deren Bewilligung.
- 87 Wie im Hauptsacheverfahren kann mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sowohl die **Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge** für ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind der Beteiligten nach § 1671 BGB begehrt werden, als auch Teilregelungen, wie zum Beispiel die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts- und/oder Erziehungsrechts oder des Rechtes zur Vermögenssorge. Dies gilt auch für das Abänderungsverfahren nach § 1696 BGB. Bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern über eine einzelne das Kind betreffende Entscheidung ist auch eine Regelung nach § 1628 BGB der einstweiligen Anordnung zugänglich.
- 88 Neben dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Regelung der elterlichen Sorge kann es im Einzelfall auch geboten sein, einen **Antrag auf Kindesherausgabe** nach § 1632 BGB zu stellen, nämlich immer dann, wenn aufgrund der Aussagen des anderen Ehegatten oder des von ihm gezeigten Verhaltens zu befürchten ist, dass dieser trotz der Sorgerechtsentscheidung weiterhin die Herausgabe des Kindes verweigern wird. Der Sorgerechtsbeschluss selbst ist (als gestaltende Entscheidung) nicht vollstreckungsfähig. Beide Anträge können miteinander verbunden werden, bleiben jedoch (auch kostenmäßig) verschiedene Verfahrensgegenstände.

## b) Örtliche Zuständigkeit

- 89 Die örtliche Zuständigkeit für das einstweilige Anordnungsverfahren in Kindschaftssachen richtet sich nach dem maßgeblichen Hauptsacheverfahren. Dieses wiederum ist in § 152 FamFG geregelt. Danach ist während der Anhängigkeit einer Ehesache das **Gericht, bei dem die Ehesache im ersten Rechtszug anhängig ist oder war**, ausschließlich zuständig, sofern gemeinschaftliche Kinder der Ehegatten betroffen sind (§ 152 Abs. 1 FamFG). Gleiches gilt für den Fall, dass eine Ehesache rechtshängig wird, während eine Kindschaftssache bei einem anderen Gericht in erster Instanz anhängig ist. In diesem Falle ist die Kindschaftssache von Amts wegen an das **Gericht der Ehesache** abzugeben (§ 153 S. 1 FamFG).
- 90 Fehlt es an einer Zuständigkeit nach § 152 Abs. 1 FamFG, so ist gemäß Abs. 2 das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das **Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt**, dh seinen faktischen Lebensmittelpunkt hat. Grundsätzlich hat ein Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei dem Elternteil, in dessen Obhut es sich überwiegend befindet.<sup>48</sup> Zu beachten ist allerdings § 154 S. 1 FamFG, wonach das nach § 152 Abs. 2 FamFG zuständige Gericht eine Verweisung an das Gericht des früheren gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Kindes vornehmen kann, wenn ein Elternteil den Aufenthalt des Kindes ohne vorherige Zustimmung des anderen Elternteils geändert hat.

<sup>48</sup> Vgl OLG Hamm v. 22.12.2006, 2 Sdb (FamS) Zust. 14/06, FamRZ 2008, 1007, 1008.

Fehlt es auch an einer Zuständigkeit nach § 152 Abs. 1 und 2 FamFG, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das **Bedürfnis der Fürsorge** bekannt wird. Von dieser Vorschrift erfasst werden insbesondere die Fälle, in denen man für das Kind noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt bestimmen kann, so zB bei einem ständigen Aufenthaltswechsel oder wenn sich das Kind im Ausland aufhält. 91

### c) Anordnungsanspruch

Gemäß § 49 Abs. 1 Hs 1 FamFG kann das Gericht eine vorläufige Maßnahme im Wege der einstweiligen Anordnung treffen, wenn dies nach den für das **Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt** ist. Es muss somit im Verhältnis der Beteiligten zueinander eine materiellrechtliche Grundlage für die begehrte Anordnung, also ein **Anordnungsanspruch**, gegeben sein. 92

**Maßgebliche Vorschrift** für die von einem Elternteil gewünschte Sorgerechtsregelung ist § 1671 BGB, und zwar unabhängig davon, ob die alleinige elterliche Sorge begehrt wird oder nur ein Teilbereich der elterlichen Sorge. Soweit lediglich eine **einzelne Entscheidung**, die für das Kind zu treffen ist, im Streit steht, bietet § 1628 BGB die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. 93

Dem Antrag auf **Übertragung der elterlichen Sorge** (oder Teilen hiervon) nach § 1671 BGB ist **stattzugeben**, wenn 94

- der andere Elternteil zustimmt (Ausnahme: Das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung), § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB,

oder

- zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die Übertragung auf den antragstellenden Elternteil dem Wohle des Kindes am besten entspricht, § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Im einstweiligen Anordnungsverfahren zur Regelung der elterlichen Sorge wird es regelmäßig an einer Zustimmung des anderen Elternteils fehlen, so dass hier (von einer späteren Zustimmung im Verfahren selbst abgesehen) stets eine Kindeswohlprüfung iSv § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn auch summarisch, zu erfolgen hat. Hierfür gelten die für das Hauptsacheverfahren maßgeblichen Kriterien:<sup>49</sup> 95

1. **Kontinuitätsgrundsatz** mit der Fragestellung: Welcher Elternteil hat das Kind bislang überwiegend betreut und versorgt?<sup>50</sup>
2. **Förderungsgrundsatz** mit der Fragestellung: Welcher Elternteil wird zukünftig besser in der Lage sein, das Kind zu erziehen und zu fördern?
3. **Bindungsgrundsatz** mit der Fragestellung: Zu welchem Elternteil hat das Kind die stärkere emotionale Bindung?
4. **Geschwisterbindung** mit der Fragestellung: Wie stark sind eventuelle Bindungen zu Geschwistern?
5. **Kindeswille** mit der Fragestellung: Welchen Wunsch hat das Kind selbst?

Im Sorgerechtsverfahren wird nicht darüber entschieden, wer der „bessere“ oder „schlechtere“ Elternteil ist. Vielmehr nimmt das Gericht auch im einstweiligen Anordnungsverfahren eine Gesamtschau vor, um festzustellen, **welche Sorgerechtsregelung dem Wohle des Kindes am Besten entspricht**. Dabei wird es stets die **präjudizierende Wirkung** einer zu treffenden (vorläufigen) Entscheidung beachten müssen. Es wird daher bemüht sein, die Maßnahme auf das im Einzelfall 96

49 Vgl auch *Motzer*, FamRZ 2006, 73, 74.

50 Vgl OLG Köln v. 18.2.2010, 4 UF 7/10, FamFR 2010, 329.



**Notwendigste** zu beschränken. Anstelle der Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf einen Elternteil ist also auch an Teilregelungen (zB Aufenthaltsbestimmungsrecht) zu denken.<sup>51</sup>

97 Da der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht mehr von der Anhängigkeit eines entsprechenden Hauptsacheverfahren abhängig ist, also der antragstellende Elternteil gänzlich von einem Hauptsacheantrag absehen kann und die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens nach § 52 Abs. 2 FamFG einen Antrag des anderen Elternteils voraussetzt, ist es durchaus denkbar, dass die Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren dauerhaft sein kann. Dies veranlasst die Familiengerichte noch stärker als früher, die Entscheidungen zur elterlichen Sorge im Anordnungsverfahren auf **Teilregelungen zu beschränken**.

98 Liegt bereits eine gerichtliche **Sorgerechtsentscheidung** nach § 1671 BGB vor und soll diese nach § 1696 Abs. 1 BGB **abgeändert** werden, bestand früher im Rahmen des § 621 g ZPO die Möglichkeit, eine vorläufige Regelung herbeizuführen. Zulässig war dies für den Fall, dass die endgültige Abänderungsentscheidung im Hauptsacheverfahren zu spät käme und das Gericht im dortigen Verfahren mutmaßlich zu dem gleichen Ergebnis käme wie in der einstweiligen Anordnung.<sup>52</sup> Da das Anordnungsverfahren nunmehr keine Abhängigkeit von einem identischen Hauptsacheverfahren mehr kennt, also eine Entscheidung dort gar nicht mehr herbeigeführt werden muss (Ausnahme: § 52 Abs. 2 FamFG), könnte ein (isolierter) auf § 1696 Abs. 1 BGB gestützter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durchaus problematisch sein. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass Beschlüsse in einem Hauptsacheverfahren nicht durch eine einstweilige Anordnung abänderbar sind.

**Hinweis:** Hier empfiehlt es sich, ein Hauptsacheverfahren nach § 1696 Abs. 1 BGB einzuleiten und daneben eine einstweilige Anordnung zur vorläufigen Regelung zu beantragen, so zB mit dem Ziel, dem Kindesvater das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen zu lassen, wenn die sorgeberechtigte Mutter die Kinder ins Ausland verbringen und dort einschulen will.<sup>53</sup>

#### d) Anordnungsgrund/Regelungsbedürfnis

- 99 Der Erlass einer einstweiligen Anordnung erfordert gemäß § 49 Abs. 1 Hs 2 FamFG ein **dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden** (Anordnungsgrund/Regelungsbedürfnis). Bezogen auf eine Sorgerechtsregelung bedeutet dies, dass das Kindeswohl keinen Aufschub bis zu einer endgültigen Entscheidung gestattet.<sup>54</sup>
- 100 Zu beachten ist, dass das **bloße Getrenntleben** der Eheleute das Regelungsbedürfnis ebenso wenig indiziert wie etwaiger Streit über die Sorgerechtsregelung. Wird dieser Streit indes auf dem Rücken des Kindes ausgetragen bzw das Kindeswohl in anderer Weise beeinträchtigt, kann dies Anlass für eine vorläufige Sorgerechtsregelung sein.
- 101 Im Rahmen der elterlichen Sorge sind **einschneidende Maßnahmen** nur dann geboten, wenn es das Kindeswohl dringend gebietet, so beispielsweise dann, wenn keine tragfähige soziale Beziehung vorhanden ist und ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern fehlt.<sup>55</sup> Betroffen sind auch die Fälle, in denen es erkennbar an der Betreuungs- und Erziehungseignung des Elternteils fehlt, bei dem sich das Kind aufhält, so zB bei offenkundiger Vernachlässigung, Gewaltanwendung, sexuellem Missbrauch, Alkohol- oder Drogenproblemen.

51 Vgl OLG Nürnberg v. 9.9.2010, 11 WF 972/10, FamRZ 2011, 131 (LS).

52 Vgl OLG Bamberg v. 5.12.2000, 7 WF 209/00, FamRZ 2001, 1310.

53 Vgl Palandt/*Diederichsen*, § 1696 BGB Rn 24.

54 OLG Stuttgart v. 25.1.2010, 17 UF 15/10, FamRZ 2010, 1678; vgl auch Brandenburgisches OLG v. 22.7.2010, 9 WF 95/10, FamFR 2010, 427 (längeres Zuwarten begründet Zweifel an der Eilbedürftigkeit).

55 OLG Stuttgart aaO, unter Hinweis auf BVerfG v. 18.12.2003, 1 BvR 1140/03, FamRZ 2004, 354.



Hierzu gehören aber auch die Fälle, in denen sich ein Elternteil **weigert, lebenswichtige Entscheidungen** für das Kind (zB Operation) in Abstimmung mit dem anderen zu treffen bzw bei solchen Entscheidungen keine Rücksicht auf das Kindeswohl nimmt. 102

Ein Anordnungsgrund kann auch in den Fällen bestehen, in denen ein Ehegatte **ohne Billigung** des anderen **mit dem Kinde umzieht** und der andere Ehegatte aus berechtigten Gründen die Rückkehr des Kindes verlangt. Im besonderen Maße gilt dies bei einem geplanten **Umzug ins Ausland**.<sup>56</sup> 103

Umgekehrt kann es geboten sein, eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten des Elternteils zu treffen, bei dem sich das Kind aufhält, wenn es von dem anderen Elternteil, der mitsorgeberechtigt ist, anlässlich von Umgangskontakten wiederholt **eigenmächtig zurückgehalten** wird. 104

Ein **Regelungsbedürfnis fehlt** in den Fällen, in denen es dem antragstellenden Elternteil, ohne dass es das Kindeswohl gebietet, erkennbar nur darum geht, den anderen aus der Erziehung des Kindes herauszudrängen. Auch kann ein Regelungsbedürfnis dann fehlen, wenn ein anhängiges Hauptsacheverfahren nach § 1671 BGB entscheidungsreif ist. Das grundsätzliche Wahlrecht, beide Verfahren zu betreiben oder nur eines von ihnen, bleibt indes unberührt.<sup>57</sup> 105

Ein **Regelungsbedürfnis** zur Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes ist dann **nicht gegeben**, wenn der Kindesvater den Aufenthalt des Kindes bei der Kindesmutter gar nicht in Frage stellt, sondern sein ausdrückliches Einverständnis erklärt hat.<sup>58</sup> An einem Regelungsbedürfnis fehlt es auch bei vorausgegangener **ausländischer Sorgerechtsentscheidung**, die im Inland anzuerkennen ist.<sup>59</sup>

Sofern sich die Ehegatten erkennbar gar nicht um die elterliche Sorge als solche streiten, sondern nur eine **Meinungsverschiedenheit** bezüglich einer wichtigen das Kind betreffenden Entscheidung besteht, liegt ebenfalls kein Regelungsbedürfnis im Rahmen eines auf § 1671 BGB gestützten Anordnungsantrags vor. Hier wäre der Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 1628 BGB zu stellen.<sup>60</sup> 106

### e) Regelungsbefugnisse

Das Familiengericht kann im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 49 Abs. 2 S. 1 FamFG 107 die **elterliche Sorge** ganz auf einen Elternteil **übertragen** oder aber auch nur **Teilregelungen** vornehmen. Hierzu gehört beispielsweise das Aufenthaltsbestimmungs- und/oder Erziehungsrecht, die Vertretungsbefugnis in einzelnen Lebensbereichen des Kindes oder die Vermögenssorge. Auch kann es **Einzelmaßnahmen** treffen, um bestehende Meinungsverschiedenheiten der Eltern (zB über Schul- und Ausbildungsfragen) beizulegen.

Gemäß § 49 Abs. 2 S. 3 FamFG kann das Gericht mit der einstweiligen Anordnung auch die zu ihrer **Durchführung erforderlichen Anordnungen** treffen.

Das Familiengericht wird in jedem Einzelfall zu prüfen haben, welche Regelungen im Interesse 108 des Kindes erforderlich sind. Dabei ist es **an die gestellten Anträge nicht gebunden**. In der familienrechtlichen Praxis ist die Tendenz erkennbar, nicht härter als nötig durch eine einstweilige Anordnung in das Sorgerecht einzugreifen.

56 Vgl OLG München v. 9.5.2008, 12 UF 1854/07, FamRZ 2008, 1774; OLG Köln v. 18.1.2006, 4 UF 209/04, FamRZ 2006, 1625, 1626; siehe auch Rechtsprechungsübersicht bei *Wanitzek*, FamRZ 2008, 933, 936 f.

57 Kritisch: *Rüntz/Viefhues*, FamRZ 2010, 1285, 1290 mN.

58 OLG Hamburg v. 22.4.2010, 12 WF 75/10 u. 12 WF 76/10 (LS), FamRZ 2010, 1680.

59 OLG Köln v. 9.4.2010, 4 UF 56/10, FamFR 2010, 311.

60 OLG Karlsruhe v. 29.5.2007, 16 WF 83/07, FamRZ 2008, 1368.